

Забезпечення виконання договору про закупівлю

Укладення договору в процесі публічних закупівель породжує виникнення певних господарських зобов'язань. Кожна зі сторін договору має надію, що взяті сторонами зобов'язання будуть належно і реально виконані в установлений строк. Разом з тим, як засвідчує практика, укладення договору ще не гарантує його виконання. У зв'язку із цим особливої актуальності набувають питання належного забезпечення виконання договірних зобов'язань відповідно до норм чинного законодавства.

Відображення умов застосування забезпечення виконання договірних зобов'язань є і в Законі України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон). Зокрема, пунктом 7 частини першої статті 1 Закону під забезпеченням виконання договору про закупівлю йдеться про надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником за договором про закупівлю. І якщо згідно із Законом України «Про здійснення державних закупівель» було передбачено такі види забезпечення: гарантія, завдаток, застава, депозит, **то Законом України «Про публічні закупівлі» законодавець надав право замовникові самостійно визначатися, у межах правового поля, з видами забезпечення виконання договірних зобов'язань.**

Необхідною умовою застосування забезпечення договірних зобов'язань при здійсненні публічних закупівель відповідно до пункту 15 частини другої статті 22 Закону «Про публічні закупівлі» є включення до тендерної документації інформації про розмір, вид, строки та умови надання, умови про повернення та неповернення забезпечення виконання договору про закупівлю.

При встановленні розміру забезпечення необхідно виходити з положень частини другої статті 26 Закону, відповідно до якої **розмір такого забезпечення не може перевищувати 5 відсотків вартості договору, при цьому внесення тендерного забезпечення виконання договірних зобов'язань повинно бути здійснено не пізніше дати укладення договору про закупівлю.**

Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору, а також у разі визнання судом результатів процедури закупівлі або договору про закупівлю недійсними та у випадку визнання його нікчемним, а також згідно з умовами, зазначеними в договорі, але не пізніше ніж протягом п'яти банківських днів з дня настання зазначених обставин.

Кошти, що надійшли як забезпечення виконання договору (у разі якщо їх не повертають), підлягають перерахуванню до відповідного бюджету, а в разі здійснення закупівлі юридичними особами (їхніми об'єднаннями) не за бюджетні кошти — перераховують на рахунок таких юридичних осіб (їхніх об'єднань).

Слід також пам'ятати, що, згідно з вимогами статті 24 Закону, ненадання переможцем

процедури торгів забезпечення виконання договору про закупівлю після отримання повідомлення про намір укласти договір є підставою для неповернення учасникові забезпечення тендерної пропозиції (якщо надання такого забезпечення передбачено тендерною документацією) .

Законодавчі норми, які регулюють забезпечення виконання господарських зобов'язань

Заходи забезпечення виконання господарських зобов'язань регулює глава 49 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ), статті 199 та 200 Господарського кодексу України, спеціальні акти законодавства, присвячені цьому питанню, — закони України «Про заставу», «Про іпотеку», а також відповідні підзаконні нормативні акти й акти судової влади.

Перш за все звернемось до Цивільного кодексу України. Саме даний нормативно-правовий акт визначає види забезпечення зобов'язань. **Відповідно до статті 546 ЦК України виконання зобов'язань може бути забезпечене неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком.** Крім того, договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання.

При цьому неустойка й завдаток як засоби майнового характеру спонукають до належного виконання зобов'язання, тобто правомірно казати про вплив на боржника через загрозу застосування економічних (штрафних) санкцій у разі неналежного виконання ним зобов'язання, а не про повну забезпеченість інтересів кредитора через функцію відшкодування, притаманну, зокрема, заставі, поруці та гарантії.

Статтею 548 ЦК України встановлено правило щодо забезпечення виконання основного зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. При цьому забезпеченню підлягає лише дійсне зобов'язання. З огляду на похідний характер заходів забезпечення від основного зобов'язання, недійсність останнього спричиняє недійсність угоди щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено ЦК України (виняток, зокрема, встановлено статтею 562 ЦК України щодо гарантії). Своєю чергою недійсність угоди щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричиняє недійсність основного зобов'язання. **Угода щодо забезпечення виконання зобов'язання вчиняється в письмовій формі. У разі недодержання письмової форми угода щодо забезпечення виконання зобов'язання є нікчемною.**

Перейдемо до розгляду видів забезпечення зобов'язань за договором.

Неустойка

Згідно зі статтею 549 ЦК України, неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві в разі порушення боржником зобов'язання. Неустойка є засобом цивільно-правової відповідальності.

Виконуючи функцію майнового стимулювання, неустойка надає стороні за договором (кредиторові) можливість стягнення з боржника визначених сум (штрафу, пені) без необхідності надання доказів про завдані збитки і втрачену (упущену) вигоду. Зважаючи на це, неустойка є найпростішим і найзручнішим способом визначеної (гарантованої) компенсації втрат кредитора при невиконанні або неналежному виконанні стороною за договором (боржником) взятих на себе зобов'язань.

Неустойка є у формах штрафу і пені. Ці різновиди неустойки мають істотні особливості. Штрафом є неустойка, яку обчислюють у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. Маючи стимулюючу функцію, штраф застосовують як при простроченні виконання зобов'язання, так і через інші підстави: невідповідність якості, кількості, стандартам та іншим умовам договору. Розмір штрафу встановлюють у вигляді відсотка або в обумовленій сторонами сумі. Пенею є неустойка, яку обчислюють у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання.

Предметом неустойки може бути грошова сума, рухоме і нерухоме майно. Згідно з частиною 2 статті 551 ЦК України, якщо предметом неустойки є грошова сума, то її розмір встановлюють договором або актом цивільного законодавства. Так, Законом України рід 22 листопада 1996 р. № 543/96-ВР «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» встановлено положення, відповідно до якого за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань платники грошових коштів сплачують на користь одержувачів цих коштів за прострочку платежу пеню в розмірі, установленому за згодою сторін, проте який не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла в період, за який сплачують пеню. Іншим прикладом визначення неустойки в законі є положення частини другої статті 231 ГК України, згідно з яким у разі якщо порушено господарське зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектору економіки, або порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або виконання зобов'язання фінансують коштом державного бюджету України чи державного кредиту, то штрафні санкції застосовують, якщо інше не передбачено законом чи договором, у таких розмірах:

за порушення умов зобов'язання щодо якості (комплектності) товарів (робіт, послуг) стягують штраф у розмірі 20 % вартості неякісних (некомплектних) товарів (робіт, послуг);

за порушення строків виконання зобов'язання стягують пеню в розмірі 0,1 % вартості товарів (робіт, послуг), з яких допущено прострочення виконання за кожний день прострочення, а за прострочення понад 30 днів додатково стягують штраф у розмірі 7 % вказаної вартості.

Сторони можуть домовитися про зменшення розміру неустойки, установленого актом цивільного законодавства, крім випадків, передбачених законом. Також розмір неустойки

може бути зменшено за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення.

Боржник повинен передати кредиторіві неустойку в разі порушення боржником зобов'язання. Згідно зі статтею 550 ЦК України, право на неустойку виникає незалежно від наявності у кредитора збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання. При цьому кредитор не має права на неустойку в разі, якщо боржник не відповідає за порушення зобов'язання.

На відміну від боржника, який зобов'язаний сплатити кредиторіві неустойку, стягнення неустойки для кредитора є його правом. У разі якщо сторони домовилися про несплату або про зменшення суми неустойки, то таку домовленість необхідно оформити шляхом внесення змін до угоди про неустойку або до основного договору, якщо останній містить відповідні положення про встановлення неустойки.

Сплата (передання) неустойки не звільняє боржника від виконання свого обов'язку в натурі; також за загальними правилами частини другої статті 552 ЦК України вона не позбавляє кредитора права на відшкодування збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання. Проте вже за статтею 232 ГК України, якщо за невиконання або неналежне виконання зобов'язання встановлено штрафні санкції, збитки відшкодовують у частині, не покритій цими санкціями. Також передбачено можливість встановлення законом або договором випадків, коли:

допускається стягнення тільки штрафних санкцій;

збитки можуть бути стягнуті в повній сумі понад штрафні санкції;

за вибором кредитора можуть бути стягнуті або збитки, або штрафні санкції.

Порука

Згідно зі статтею 553 ЦК України, за договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Іншими словами, поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником, причому як частково, так і в повному обсязі.

Порука є одним з найбільш дієвих способів забезпечення зобов'язань. Це пов'язано з тим, що перед кредитором відповідальним є не боржник, який не виконав зобов'язання, а нові особи, майновий стан яких не викликає сумнівів у кредитора, що не є притаманним іншим способам забезпечення виконання зобов'язання. Укладення договору поруки може бути обумовлене як бажанням сторін (насамперед кредитора) основного договору, так і вимогами закону.

Відносини поруки оформляють договором, укладеним у письмовій формі, — за

загальним правилом у формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печатками. Допускається укладення договорів поруки у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо (стаття 181 ГК України). Недодержання письмової форми призводить до недійсності договору поруки. Відносини поруки не можна вважати встановленими за листом особи із пропозицією виступити поручителем, оскільки подібний лист не є договором.

Поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Насамперед це означає, що договір поруки укладають між поручителем та кредитором.

Існує декілька варіантів встановлення відносин поруки за договором. Це може бути окремий договір між кредитором і поручителем; договір за участю кредитора, поручителя і боржника. Законодавство також не забороняє об'єднувати договір поруки з основним зобов'язанням, де поручитель бере участь як третя особа разом із кредитором і боржником. Зазвичай боржник не бере участі в договорі поруки. Проте він не позбавлений права укласти з поручителем договір про надання поруки. Хоча відносини боржника і поручителя не обов'язково оформляють договором; для їх встановлення достатньо листа боржника із відповідним проханням.

Самостійним способом забезпечення господарських зобов'язань є майнова порука. Згідно зі змістом статті 11 Закону України «Про іпотеку», за договором майнової поруки майновий поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку іпотекою нерухомого майна, що належить майновому поручителеві. На відносини майнової поруки не поширюються норми, що регулюють інститут поруки; її регулюють винятково норми щодо застави нерухомого майна. У цьому разі майновий поручитель є іпотекодавцем відповідно до іпотечного договору і є відповідальним перед іпотекодержателем за виконання основного зобов'язання боржником. У разі порушення боржником основного зобов'язання майновий поручитель відповідає за задоволення вимоги іпотекодержателя нерухомим майном, що є предметом іпотеки.

Згідно з частиною третьою статті 553 ЦК України, поручителем може бути одна особа або кілька осіб. На відміну від загальних ЦК і ГК України, спеціальне законодавство встановлює певні обмеження на участь у відносинах поруки. Так, Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664 «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» відносить надання поруки до фінансових послуг; відповідно на ці відносини поширюється стаття 5 зазначеного закону, яка дає змогу надавати фінансові послуги фінансовими установами, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичними особами — суб'єктами підприємницької діяльності.

Оскільки законодавство не містить прямого дозволу на надання фізичними особами поруки, відповідно поручителями можуть виступати лише юридичні особи, причому ті, що мають статус фінансових установ. Частина четверта статті 5 Закону надає можливість надавати окремі фінансові послуги (у тому числі поруки) юридичним особам, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, у порядку, передбаченому Положенням про надання окремих фінансових послуг юридичними особами — суб'єктами

господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, затвердженим розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 22 січня 2004 р. № 21.

Згідно зі статтею 554 ЦК України, у разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого порукою, боржник і поручитель відповідають перед кредитором як солідарні боржники, якщо договором поруки не встановлено додаткову (субсидіарну) відповідальність поручителя. За змістом статті 543 ЦК України це означає, що кредитор має право вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від боржника та поручителя разом, так і від будь-кого з них окремо. Кредитор, який одержав виконання обов'язку не в повному обсязі від одного із солідарних боржників, має право вимагати недоодержане від решти солідарних боржників. Норма щодо солідарної відповідальності боржника і поручителя є диспозитивною, що своєю чергою не виключає встановлення субсидіарної відповідальності цих осіб. У такому разі кредитор має право вимагати від поручителя сплати заборгованості тільки в разі відсутності в боржника грошових коштів, необхідних для належного (повного) виконання зобов'язання. Поручитель відповідає перед кредитором у тому ж обсязі, що і боржник, включаючи сплату основного боргу, процентів, неустойки, відшкодування збитків, якщо інше не встановлено договором поруки. Отже, договором поруки може бути встановлено обмежену відповідальність поручителя, наприклад, шляхом визначення суми поруки або шляхом посилання на визначену частину збитків, за погашення яких поручитель є відповідальним. Особи, які спільно дали поруку, відповідають перед кредитором солідарно, якщо інше не встановлено договором поруки.

До поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою, переходять усі права кредитора в цьому зобов'язанні, у тому числі й ті, що забезпечували його виконання, тому він має право зворотної вимоги до боржника (право регресу). Крім того, відповідно до статті 558 ЦК України поручитель має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Після виконання поручителем зобов'язання, забезпеченого порукою, кредитор повинен вручити йому документи, які підтверджують цей обов'язок боржника.

Статтею 559 ЦК України встановлено випадки припинення поруки. Порука припиняється:

з припиненням забезпеченого нею зобов'язання;

у разі зміни зобов'язання без згоди поручителя, унаслідок чого збільшується обсяг його відповідальності;

якщо після настання строку виконання зобов'язання кредитор відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником або поручителем;

у разі переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника;

після закінчення строку, встановленого в договорі поруки. У разі якщо такий строк не встановлено, порука припиняється, якщо кредитор протягом 6 місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя.

Гарантія

Згідно зі статтею 560 ЦК України, за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантують перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Відповідно гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником.

Надання гарантій, як і порук, вважається фінансовою послугою в розумінні статті 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Тому відповідно гарантами можуть бути лише юридичні особи, що мають статус фінансових установ. Щоправда, на відміну від поруки, законодавство не передбачає можливості інших юридичних осіб, які не є фінансовими установами, здійснювати операції з надання гарантій. На це додатково вказує перелік можливих гарантів, наведений у ст. 560 ЦК України, які усі за визначенням Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» є фінансовими установами.

Гарант відповідає перед бенефіціаром за виконання принципалом основного зобов'язання. При цьому ЦК України не передбачає попереднього звернення кредитора до боржника або солідарної відповідальності боржника та гаранта, у разі наявності факту порушення зобов'язання з його боку кредитор може одразу звертатися до гаранта.

Відповідно до статті 563 ЦК України в разі порушення боржником зобов'язання, забезпеченого гарантією, гарант зобов'язаний сплатити кредиторів грошову суму відповідно до умов гарантії. Для цього кредитор пред'являє гарантові письмову вимогу про сплату грошової суми відповідно до виданої гарантії. Кредитор може пред'явити таку вимогу гарантові в межах строку, встановленого в гарантії, на який її видано. Кредитор не може передавати іншій особі право вимоги до гаранта, якщо інше не встановлено гарантією.

Обов'язок гаранта перед кредитором обмежується сплатою суми, на яку видано гарантію. У разі порушення гарантом свого обов'язку його відповідальність перед кредитором не обмежується сумою, на яку видано гарантію, якщо інше не встановлено в гарантії.

Згідно зі статтею 569 ЦК України, гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторів, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником. Крім того, гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржникові. Гарант не має права на зворотну вимогу (регрес) до боржника в разі, якщо сума, сплачена гарантом кредиторів, не відповідає умовам

гарантії, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником.

Відповідно до статті 562 ЦК України зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання. Відповідно гарантія є винятком із загального правила про похідний характер заходів забезпечення виконання зобов'язань. Гарантія діє протягом строку, на який її видано, і є чинною від дня її видачі, якщо в ній не встановлено інше. Гарантія не може бути відкликана гарантом, якщо в ній не встановлено інше.

Статтею 568 ЦК України встановлено випадки припинення зобов'язань гаранта перед кредитором. До них належать:

несплата кредитором суми, на яку видано гарантію;

закінчення строку дії гарантії;

відмова кредитора від своїх прав за гарантією шляхом повернення її гарантові або шляхом подання гарантові письмової заяви про звільнення його від обов'язків за гарантією.

Завдаток

Згідно зі статтею 570 ЦК України, завдатком є грошова сума або рухоме майно, що боржник видає кредитором за належні з нього за договором платежі, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Сторонами відносин надання завдатку можуть бути як юридичні, так і фізичні особи, незалежно від наявності в них статусу суб'єктів підприємницької діяльності.

Подібно до інших способів забезпечення виконання зобов'язань (наприклад, неустойки) завдаток визначає мінімальний обсяг відповідальності сторони, що порушила договір. Однак порівняно з неустойкою завдаток допускає тільки забезпечення виконання зобов'язання у цілому. Якщо зобов'язання виконане (або порушене) частково, то завдаток можна стягувати в повному обсязі, незалежно від характеру порушення і розміру шкоди, яку фактично було заподіяно.

Із наведеного вище визначення випливає, що завдаток видають за належні платежі вже після того, як сторони взяли на себе певні обов'язки, тобто угоду, забезпечену завдатком, уже було укладено. Тобто завдаток видають з метою засвідчення укладення договору та забезпечення його виконання.

Вищенаведене ставить під сумнів законність внесення завдатку за попередніми договорами. Адже, як ішлося вище, основна мета попереднього договору — укладення в

майбутньому основного договору.

Якщо порушення зобов'язання сталося з вини боржника, то завдаток залишається в кредитора. Якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора, то він зобов'язаний повернути боржникові завдаток та додатково сплатити суму в розмірі завдатку або його вартості.

Сторона, винна в порушенні зобов'язання, має відшкодувати другій стороні збитки в сумі, на яку вони перевищують розмір (вартість) завдатку, якщо інше не встановлено договором.

У разі припинення зобов'язання до початку його виконання або внаслідок неможливості його виконання завдаток підлягає поверненню.

Завдаток слід відрізнити від суміжного інституту авансу. Поняття останнього міститься в пункті 2 Інструкції з бухгалтерського обліку запасів товарно-матеріальних цінностей комерційних банків України, затвердженій Постановою Правління Національного банку України від 20 серпня 1999 р. № 419, за яким авансом вважається, зокрема, сума коштів, яку сплачують (перераховують) відповідно до умов укладеного договору в рахунок майбутніх платежів за матеріальні цінності.

Аванс, як і завдаток, виконує разом із платіжною функцією функцію підтвердження укладення договору. Однак, на відміну від завдатку, аванс ніколи не має забезпечувального значення. Тож якщо сторона, що одержала аванс, не виконала своїх зобов'язань за договором, то вона має повернути стороні-платникові лише суму авансу, а не подвійну його суму. Якщо в разі невиконання зобов'язання відповідальною буде сторона, яка передала аванс, вона, незалежно від факту невиконання цього зобов'язання, має право вимагати повернення авансу.

Застава

Згідно зі статтею 572 ЦК України (ст. 1 Закону України «Про заставу»), в силу застави кредитор (заставодержатель) має право в разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави).

Застава, як і більшість заходів забезпечення виконання зобов'язань, має похідний характер від забезпеченого нею зобов'язання. **Нею може бути забезпечена лише дійсна вимога, зокрема така, що впливає з кредитного договору, договорів купівлі-продажу, оренди, перевезення вантажу тощо.**

За статтею 574 ЦК України застава виникає на підставі договору, закону або рішення суду. Згідно з термінологією Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», застава рухомого майна, що виникає на підставі договору, є приватним обтяженням; публічним є обтяження рухомого майна, яке виникає відповідно до закону

або рішення суду .

Сторонами договору застави (заставаодавцем і заставаодержателем) можуть бути фізичні, юридичні особи та держава (стаття 11 Закону України «Про заставу»). При цьому заставаодавцем може бути як сам боржник, так і третя особа (майновий поручитель).

Заставаодавцем може бути власник речі або особа, якій належить майнове право, а також особа, якій власник речі або особа, якій належить майнове право, передали річ або майнове право з правом їх застави (частина друга статті 583 ЦК України). Застава права на чужу річ здійснюється за згодою власника цієї речі, якщо для відчуження цього права відповідно до договору або закону потрібна згода власника.

Державне підприємство, за яким майно закріплено на праві повного господарського відання, самостійно здійснює заставу цього майна, за винятком цілісного майнового комплексу підприємства, його структурних підрозділів, будівель і споруд, застава яких здійснюється з дозволу та на умовах, погоджених з органом, уповноваженим управляти відповідним державним майном. Акціонерне товариство, усі акції якого перебувають у державній власності, здійснює заставу належного йому майна за погодженням із засновником цього товариства в порядку, передбаченому для державних підприємств.

Згідно зі статтею 576 ЦК України, предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставаодавцем і на яке може бути звернене стягнення. Ним може бути майно, яке заставаодавець набуде після виникнення застави (майбутній урожай, приплід худоби тощо).

Предметом застави не можуть бути національні, культурні та історичні цінності, які є об'єктами права державної власності і занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національної культурної спадщини, вимоги, які мають особистий характер, а також інші вимоги, застава яких заборонена законом. Наприклад, не може бути заставлено право на отримання пенсії чи заробітної плати, на аліменти, на відшкодування шкоди, завданої життю чи здоров'ю. Не можуть бути предметом застави речі, які неможливо відчужити: паспорт, посвідчення особи, інші документи.

Якщо право не передається, його не може бути заставлено. Не можуть бути предметом застави особисті немайнові права, наприклад, право громадянина вибирати місце проживання, право громадянина бути автором картини чи іншого художнього твору, право на ім'я. Ці права не можуть бути відчужені, а отже — і передані. Застава окремих видів майна може бути заборонена або обмежена законом. Так, предметом застави не можуть бути об'єкти державної власності, приватизація яких заборонена законодавчими актами, а також майнові комплекси державних підприємств та їхніх структурних підрозділів, що перебувають у процесі корпоратизації. Статтею 15 Закону України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV «Про місцеві державні адміністрації» заборонено місцевим державним адміністраціям використовувати об'єкти державної власності, власності територіальних громад, що перебувають в їхньому управлінні, як заставу.

Майно та кошти благодійної організації також не можуть бути предметом застави (стаття

19 Закону України від 16 вересня 1997 р. № 531/97-ВР «Про благодійництво та благодійні організації»).

Заставодержатель має право одержати задоволення з вартості майна, яке заставляють. «Задоволення з вартості майна» є юридичною природою застави. Тому в разі невиконання умов основного договору до заставодержателя не може автоматично перейти майно, передане заставодавцем.

Згідно зі статтею 589 ЦК України, у разі невиконання зобов'язання, забезпеченого заставою, заставодержатель набуває права звернення стягнення на предмет застави. При цьому за рахунок предмета застави заставодержатель має право задовольнити в повному обсязі свою вимогу, що визначена на момент фактичного задоволення, включаючи сплату процентів, неустойки, відшкодування збитків, завданих порушенням зобов'язання, необхідних витрат на утримання заставленого майна, а також витрат, яких він зазнав у зв'язку із пред'явленням вимоги, якщо інше не встановлено договором.

За змістом статті 590 ЦК України звернення стягнення на предмет застави здійснюється за рішенням суду, якщо інше не встановлено договором або законом. Заставодержатель набуває права звернення стягнення на предмет застави в разі, коли зобов'язання не буде виконано в установлений строк (термін), якщо інше не встановлено договором або законом. Тлумачення поняття «звернення стягнення» міститься в статті 50 Закону України від 21 квітня 1999 р. № 606-ХІУ «Про виконавче провадження», за якою звернення стягнення на майно боржника полягає в його арешті (описі), вилученні та примусовій реалізації.

Арешт майна полягає у проведенні його опису, оголошенні заборони розпоряджатися ним, а в разі потреби — в обмеженні права користування майном або його вилученні в боржника та передачі на зберігання іншим особам. Види, обсяги і строк обмеження встановлює державний виконавець у кожному конкретному випадку з урахуванням властивостей майна, його значення для власника чи володільця, необхідності використання та інших обставин. Порушення заборони державного виконавця розпоряджатися або користуватися майном, на яке накладено арешт, призводить до відповідальності зберігача майна, передбаченої законом.

Цивільний Кодекс України передбачає випадки, коли право звернення стягнення на предмет застави настає достроково, зокрема, у разі ліквідації юридичної особи-заставодавця, у разі виникнення загрози загибелі, пошкодження чи зменшення вартості предмета закладу не з вини заставодержателя, якщо заставодавець відмовляється замінити предмет закладу (частина друга статті 46 Закону України «Про заставу»).

Реалізація предмета застави, на який звернене стягнення, провадиться шляхом його продажу з публічних торгів, якщо інше не встановлено договором або законом, за вимогами Положення про порядок проведення аукціонів (публічних торгів) з реалізації заставленого майна, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 22 грудня 1997 р. № 1448.

Якщо публічні торги оголошено такими, що не відбулися, то предмет застави може бути за згодою заставодержателя та заставодавця передано у власність заставодержателя за початковою ціною, якщо інше не встановлено договором або законом. Якщо сума, одержана від реалізації предмета застави, не покриває вимоги заставодержателя, то він має право отримати суму, якої не вистачає, з іншого майна боржника в порядку черговості відповідно до статті 112 ЦК України.

Сторони договору застави можуть передбачити інші шляхи реалізації заставленого майна. Такими шляхами можуть стати конкурс, тендер, реалізація на біржі та інші види реалізації. Хоча на практиці сторони не обумовлюють спеціально в договорі інший порядок реалізації, покладаючись на встановлену законом можливість реалізації заставленого майна з аукціону (публічних торгів).

Стаття 584 ЦК України (стаття 12 Закону України «Про заставу») встановлює орієнтовний перелік істотних умов договору застави. Так, у договорі застави визначають суть, розмір і строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, подають опис предмета застави, а також визначають інші умови, погоджені сторонами договору.

Договір застави підлягає укладенню в письмовій формі (стаття 13 Закону України «Про заставу»). Якщо предметом застави є нерухоме майно, космічні об'єкти, а також в інших випадках, установлених законом, то договір застави підлягає нотаріальному посвідченню. Застава нерухомого майна (іпотека) підлягає державній реєстрації у випадках та в порядку, установлених у статті 4 Закону України «Про іпотеку». Застава рухомого майна може бути зареєстрована на підставі заяви заставодержателя або заставодавця зі внесенням запису до Державного реєстру обтяжень рухомого майна (дивіться Порядок ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 5 липня 2004 р. № 830).

Якщо предметом застави є рухоме майно, то заставодержатель зареєстрованої застави має переважне право на задоволення вимог із заставленого майна перед заставодержателями незареєстрованих застав та застав, які зареєстровані пізніше (стаття 588 ЦК України).

Притримання

Згідно зі статтею 594 ЦК України, кредитор, який правомірно володіє реччю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторів пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її в себе до виконання боржником зобов'язання.

Стаття 856 ЦК України передбачає, що якщо замовник не сплатив встановленої ціни роботи або іншої суми, належної підрядникові у зв'язку з виконанням договору підряду, то підрядник має право притримати результат роботи, а також устаткування, залишок невикористаного матеріалу та інше майно замовника, що є у підрядника. При цьому до

кредитора, який притримує в себе річ боржника, не переходить право власності на неї. Боржник, річ якого кредитор притримує, має право розпорядитися нею, повідомивши набувачеві про притримання речі і права кредитора.

Притриманням речі можуть забезпечуватись інші вимоги кредитора, якщо інше не встановлено договором або законом. Кредитор має право притримати річ у себе також у разі, якщо право на неї, яке виникло після передачі речі у володіння кредитора, набула третя особа.

За змістом статті 594 ЦК України право на притримання виникає при одночасному існуванні таких умов:

повинен бути предмет притримання — річ, що належить боржникові і яку кредитор повинен передати першому або вказаній ним особі;

має існувати зобов'язання, згідно з яким боржник зобов'язується оплатити вартість самої речі або відшкодувати пов'язані з нею витрати та інші збитки;

зобов'язання боржником не виконане в строк.

Слід зауважити, що на притримання як на захід забезпечення виконання зобов'язань поширюються загальні вимоги статті 547 ЦК України щодо вчинення угоди із забезпечення виконання зобов'язання в письмовій формі. Тому якщо застереження про притримання відсутнє в основному договорі або якщо відсутня угода про притримання, викладена у формі окремого документа, то притримання речі кредитором буде неправомірним. Відповідно до статті 595 ЦК України кредитор, який притримує річ у себе, зобов'язаний негайно повідомити про це боржникові. Він відповідає за втрату, псування або пошкодження речі, яку він притримує в себе, якщо втрата, псування або пошкодження сталися з його вини. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження притриманої речі також лягає на кредитора, якщо інше не встановлено законом. Кредитор не має права користуватися річчю, яку він притримує у себе.

Вимоги кредитора, який притримує річ у себе, задовольняються з її вартості відповідно до положень статті 591 ЦК України щодо реалізації предмета застави.

Практичні аспекти застосування видів забезпечення виконання договірних зобов'язань у сфері публічних закупівель

Провівши теоретичний розгляд видів забезпечення виконання договірних зобов'язань, розглянемо практичний аспект їх застосування у сфері публічних закупівель. І саме розгляд питання практичної реалізації видів забезпечення виконання договірних

зобов'язань викличе в багатьох читачів щонайменше подив і здивування.

Розгляд практичної сторони питання застосування видів забезпечення виконання договірних зобов'язань проведемо через призму такої вимоги Закону України «Про публічні закупівлі»:

внесення тендерного забезпечення виконання договірних зобов'язань не пізніше дати укладення договору про закупівлю.

Як видно з даної вимоги, Законом України «Про публічні закупівлі» питання забезпечення виконання договірних зобов'язань фактично зводиться до використання у сфері публічних закупівель лише тих видів забезпечення, які можуть бути сплаченими (внесеними, гарантованими до сплати) на дату укладення договору.

Неустойка. Неустойка не може бути застосована для забезпечення виконання договірних зобов'язань у сфері публічних закупівель, зважаючи на таке:

вона не може бути внесена не пізніше дати укладення договору про закупівлю, зважаючи на те, що її застосування прив'язане до виконання зобов'язань контрагента за договором;

у випадку виникнення права на неустойку замовникові процедури закупівлі знадобиться тривалий час, а в багатьох випадках і значна сума витрачених коштів, для її отримання;

встановлення і стягнення неустойки може бути застосовано разом з іншим забезпеченням виконання договірних зобов'язань, що може лише посилити позиції замовника процедури закупівлі в частині компенсації втрат від невиконання або неналежного виконання договору.

Порука. Порука також не може бути використана для забезпечення виконання договірних зобов'язань у сфері публічних закупівель у зв'язку з її юридичною природою. Порукою може забезпечуватись лише дійсне зобов'язання боржника. Разом з тим на дату підписання договору про закупівлю зобов'язань боржника ще не виникло. Розв'язанню цього питання може посприяти можливість підписання тристороннього договору: кредитор – боржник – поручитель. Разом з тим законодавство, яке регулює публічні закупівлі, не допускає можливості укладення багатостороннього договору.

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України розглядала питання можливості застосування поруки як забезпечення виконання договірних зобов'язань у сфері публічних закупівель. У своєму рішенні від 11.02.2013



року № 160-р/пк-ск орган оскарження встановив неможливість застосування поруки як забезпечення виконання договірних зобов'язань у сфері державних закупівель

Застава. Застава, як і порука, у зв'язку з її юридичною природою також не може бути застосована для забезпечення виконання договірних зобов'язань у сфері публічних закупівель. Уже було сказано, що застава, як і більшість заходів забезпечення виконання зобов'язань, має похідний характер від забезпеченого нею зобов'язання. Нею може бути забезпечена лише дійсна вимога, яка виникає на підставі вже укладеного договору, що своєю чергою не дає можливості забезпечити таку вимогу — внесення тендерного забезпечення виконання договірних зобов'язань не пізніше дати укладення договору про закупівлю.

Завдаток. Зважаючи на те, що завдатком є грошова сума або рухоме майно, яке видає боржник кредиторів за належні з нього за договором платежі, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання, використання даного виду забезпечення в публічних закупівлях неможливе. **Адже не учасник-переможець сплачує платежі за договором, а замовник, який закуповує товари, роботи і послуги.**

Крім того, завдаток видають за належні платежі вже після того, як сторони взяли на себе певні обов'язки, тобто угоду, забезпечену завдатком, уже було укладено, що не дає можливості внесення завдатку на дату укладення договору. Слід також звернути увагу і на той факт, що при використанні завдатку як виду забезпечення, у випадку порушення своїх зобов'язань, замовник повинен був би повернути учасникові-переможцю суму завдатку та додатково сплатити суму в розмірі завдатку або його вартості.

Притримання. Даний вид забезпечення можна використовувати в публічних закупівлях лише теоретично. Зважаючи на те, що на дату укладення договору про закупівлю майно вже повинно перебувати в замовника на відповідних правових підставах, встановлення вимоги в тендерній документації про надання забезпечення виконання договірних зобов'язань буде визнано дискримінаційним, з огляду на обмеження кола потенційних учасників.

Гарантія. На сьогодні це фактично єдиний вид забезпечення виконання договірних зобов'язань, який може бути використаним у публічних закупівлях. Забезпечення у вигляді гарантії відповідає вимогам, установленим статтею 26 Закону України «Про публічні закупівлі», а саме:

може бути внесеним на дату укладення договору;

може бути повернутим у строки, які встановлено законодавством;



без надмірних зусиль може бути отриманим у грошовій формі та перерахованим на відповідні рахунки.

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Встановлюємо вимогу щодо забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції правильно!